

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/105920>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

1. Inleiding

Druckers naam leeft onder de huidige generatie juristen voort als ontwerper van de wet op de arbeidsovereenkomst. Het overige werk van zijn hand lijkt zo goed als vergeten. Ondanks de voorspelling van zijn boezemvriend W.L.P.A. Molen-graaff (1858-1931) in het hen beiden zo dierbare *Rechtsgeleerd Magazijn* (1917, p. 392) dat het werk van Drucker voor de volgende geslachten zijn waarde behoudt, is bijna het tegendeel het geval. Dit afglijden naar de vergetelheid verdient Drucker niet. Hij kan beschouwd worden als één van de vernieuwers van de privaatrechtswetenschap, niet alleen in inhoudelijk, maar ook in methodologisch opzicht. Ik wil in dit artikel eerst de werkwijze van Drucker als privatist schetsen en vervolgens zijn bijdrage behandelen aan een aantal discussies over enkele belangrijke privaatrechtelijke problemen die op het einde van de 19e eeuw speelden.

Drucker was van huis uit romanist. Van 1882 tot 1889 bekleedde hij een professoraat in het Romeinse recht te Groningen, van 1889 tot 1897 was hij hoogleraar in hetzelfde vak te Leiden (in 1894 werd hij echter op non-actief gesteld, omdat hij gekozen was tot lid van de Tweede Kamer). Nadat Drucker in het genoemde jaar 1897 op eigen verzoek ontslagen is, heeft hij nog gedurende enige tijd (1898-1905) als privaat-docent gedoceerd over het burgerlijk en handelsrecht aan de Leidse alma mater. Hoewel de Haagse politiek hem soms behoorlijk tegenstond, bleef hij tot 1913 Tweede Kamer-lid. De charme van het werk lag voor hem hoofdzakelijk op het terrein van de wetgeving. Drucker was daarom beter op zijn plaats, toen hij in 1913 tot lid van de Eerste Kamer gekozen werd.¹

2. De werkwijze van Drucker

De publikaties van Drucker kenmerken zich door een doordachte aanpak. Een groot deel van zijn wetenschappelijke credo had hij reeds aan het begin van zijn carrière uiteengezet in de Groninger inaugurele oratie *Rechtswetenschap en wetgeving* uit 1882. Twee ingrediënten zouden in bijna al zijn werk terugkeren: het Romeinse recht en de inductie. In deze paragraaf wil ik bekijken op welke wijze deze elementen verwerkt zijn.

Het startpunt van de meeste beschouwingen op privaatrechtelijk gebied was voor Drucker het Romeinse recht, beter gezegd het door Duitse juristen in de 19e eeuw ontwikkelde Romeinse recht ('das heutige Römische Recht'). Het lag echter niet in zijn bedoeling een bijdrage te leveren aan dit 'heutige Römische

¹ Een vollediger biografie door E.H. Hondius, in: T.J. Veen en P.C. Kop (red.), *Zestig juristen*, Zwolle 1987, 362-366.

Recht'. Tenslotte was het in Nederland geen geldend recht, zodat het niet nodig was onoplosbare controversen desondanks toch op te lossen.² De houding ten aanzien van het Romeinse recht en zijn beoefenaren werkte Drucker onder meer op onderstaande manier uit.

Het was taak voor de wetenschappelijke jurist door te dringen tot de diepste grondslagen van het Romeinse recht. Met name voor het vermogensrecht gold de waarheid: 'tal van Romeinsche leerstukken zijn hier nog zoo frisch, als waren zij van gisteren. Hier zoude men vaak met Windscheid kunnen zeggen: het Romeinsche recht is de uitdrukking van algemeen menschelijke opvattingen van algemeen menschelijke verhoudingen...'. R. von Jhering (1818-1892) had deze weg al gewezen. Men moest de talloze rechtsbepalingen tot enkele weinige beginselen terugbrengen, de hoofdbegrippen vaststellen. Zo kwam men het systeem (het verband der dingen) op het spoor, Jheringiaans gezegd doorgrondde men de geest der wet. De begrippen zijn onontbeerlijk bij de verklaring van het bestaande recht. De vormende kracht van het Romeinse recht (en in het verlengde hiervan de noodzakelijkheid van zijn beoefening) schuilt in de eenheid van gedachte die uit dit rechtssysteem spreekt en in de aanwezigheid van begrippen (ook al zijn de Romeinse definities vaak onbevredigend).³ Op beide punten schoot de Nederlandse privaatrechtswetenschap - aldus Drucker - tekort. Hij zou bij de bewerking van ieder leerstuk extra zorg besteden aan een goede systematisering en een zuivere begripsvorming.

Drucker verdedigde het nut van systematisering met een voor zijn tijd opmerkelijk argument. Zelfs al bleek het systeem 'misschien later valsch te zijn', niets was geschikter om tot de opbouw van een nieuw stelsel te komen, dan het aanwijzen van de fouten in de oude. In de natuurwetenschap werden zelfs de meest betwistbare hypothesen met vrucht aangewend. Waarom zouden wij - aldus Drucker - in het recht niet eveneens zo handelen?⁴ Hij komt hier met een zeer vroege variant van de 'trial-and-error'-methode van Karl Popper op de proppen.

Een vaardigheid, die de Nederlandse jurist bij uitstek van zijn Romeinse collega kon afkijken, was de techniek van laatstgenoemde om het recht voortdurend aan te passen aan de eisen van het verkeer, aan de steeds veranderende

² Bijv. H.L. Drucker, Boekbeoordeelingen [etc.], in: Nieuwe bijdragen voor rechtsgeleerdheid en wetgeving 1881, 366 en H.L. Drucker, Rechtswetenschap en wetgeving, in: Rechtsgeleerd Magazijn (RM) 1882, 532-541. Zie ook het 'Voorbericht van den tweeden druk' van Drucker in: W. Modderman, Handboek voor het Romeinsch recht, tweede, omgewerkte druk, Groningen 1892, waarin hij meldde dat de opmerkingen over het 'heutige Römische Recht' zijn vervallen.

³ Drucker, Rechtswetenschap en wetgeving, 529-530, 535-537; H.L. Drucker, Rechtshandeling en rechtsorde, in: RM 1882, 36-42; H.L. Drucker, Begrip en dogma in de rechtswetenschap, Haarlem 1889, 5-8. Over de noodzaak tot systematische ordening of verwerking van rechtspraak: H.L. Drucker, Nederlandsche rechtspraak over verbintenissenrecht. In gebreke zijn, ingebrekestelling, in: RM 1909, 112-113. Windscheids opmerking is volgens mij te herleiden tot diens Lehrbuch des Pandektenrechts, I, par. 6. Voor Jherings doordringing tot de geest: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, I, par. 1-3.

⁴ Drucker, Rechtshandeling en rechtsorde, 40.

behoeften van de maatschappij. De 'moderne' rechtsgeleerdheid ging gebukt onder 'doctrinarisme', verstarring en begripsverheerlijking. Van de Romeinse juristen konden 'wij' leren de kloof tussen recht en maatschappij zo eng mogelijk te houden.⁵ De kracht van de Romeinse juristen lag juist in de praktische toepassing van het recht.⁶ Dit was ook precies de grens, waar een zinvol gebruik van het Romeinse recht halt hield. Drucker zei in navolging van zijn voorganger de Groninger hoogleraar W. Modderman (1838-1882): 'Wij moeten niet alles uit het Romeinsche recht willen verklaren en niet schromen, zijne uitspraken te verwerpen, wanneer zij niet meer in harmonie zijn met de tegenwoordige rechtsovertuiging of met de eischen van het tegenwoordig maatschappelijk verkeer. Menig leerstuk echter van het privaatsrecht gaat nog gebukt onder de methode van het orthodoxe Romanisme'.⁷ De belangrijkste taak voor de wetenschapper was op dit praktische punt het geven van voorlichting aan de wetgever. Het is voor Drucker een uitgemaakte zaak dat de wetgever niet tot onmacht gedoemd is, maar dat hij - gedreven door het nut van de betreffende maatregel - actief deel heeft aan de vorming van het recht. De opvatting, zoals die onder veel aanhangers van de Historische School over de onmacht van de wetgever leefde, mocht in dit opzicht als volledig achterhaald beschouwd worden.⁸ De keuze voor een bepaald stelsel of een bepaalde regeling was uiteindelijk een vraag van wetgevingsbeleid, waarin Drucker niet wilde treden.⁹

Niet alleen ten aanzien van het gebruik van het Romeinse recht had Drucker een zeer uitgesproken visie. Meermalen heeft hij zich uitgelaten over de door de privaatrechtswetenschapper te volgen methode. Beklemtoonde hij in de bespreking van (o.a.) de oratie van J.P. Moltzer (1850-1907) expliciet dat een jurist zowel deductief als inductief te werk moest gaan, in veel van zijn overige publikaties overheerste de inductieve methode, een logisch uitvloeisel overigens van zijn keuze om aan te sluiten bij de eisen van de praktijk. Slechts op deze wijze kon het systeem, het verband in een bepaald onderdeel van het recht uit de veelheid aan materiaal naar voren worden gehaald. Ook kwam het praktische

⁵ Drucker, *Rechtswetenschap en wetgeving*, 531-532; Drucker, *Begrip en dogma*, 8-11, 25.

⁶ Drucker wees erop dat 'onder den invloed van de leer van de trias politica' de moderne wetboeken wetenschap en praktijk in de boeien hebben geslagen. Het Romeinse rechtsleven kende de scheiding tussen theorie en praktijk niet. Zie Drucker, *Rechtswetenschap en wetgeving*, 538-539.

⁷ W. Modderman, *Handboek voor het Romeinsch recht*, I, omgewerkt door H.L. Drucker, derde, herziene druk, door P.A. Tichelaar, Groningen 1900, 3. De woorden 'tegenwoordige rechtsovertuiging' zijn afkomstig van Drucker. Zij ontbreken in de oorspronkelijke tekst van Modderman.

⁸ Drucker, *Rechtswetenschap en wetgeving*, 521-524; Drucker, *Begrip en dogma*, 19; H.L. Drucker, Is aanvulling wenschelijk van de wettelijke bepalingen omtrent den voorrang tusschen schuldeischers?, in: *RM* 1885, 403-405.

⁹ Een voorbeeld. K.J. Seitz onderscheidde tussen het 'deutschrechtliche Besitzbegriff', zoals dat in het 'volksrechtbewustzijn' leeft en de romeinsrechtelijke 'possessio'. Hij bepleitte de wenselijkheid van een wettelijke invoering van het eerstgenoemde bezitbegrip. Hoewel Drucker niet veel in dit begrip zag, liet hij de uiteindelijke keus toch aan de wetgever over. Zie Drucker, *Boekbeoordelingen*, in: *Bijdragen* 1881, 371-372.

belang van het onderzoek daardoor beter uit. Hij maakte in zijn publikaties overvloedig gebruik van voorbeelden uit de wetenschap en wetgeving en van casuïstiek, aan de rechtspraak ontleend.¹⁰ Het spreekt bijna vanzelf dat het Romeinse recht eveneens inductief bewerkt werd. Wanneer Drucker een betere definitie van het begrip rechthandeling probeerde op te stellen dan de in zijn tijd gebruikelijke, komt de belangrijke rol van het Romeinse recht weer om de hoek kijken: 'Blijkt ten slotte, dat deze [definitie] overeenstemt met eene definitie, bij inductie uit het R.R. afgeleid, het zal een krachtig bewijs ten haren voordeele zijn'.¹¹

In Druckers latere artikelen zou met name het gebruik van rechterlijke uitspraken ongekende vormen aannemen. In een beschouwing over de ingebrekestelling haalde hij maar liefst 467 door hem zelf genummerde vonnissen en arresten (met soms een uitsplitsing naar a, b en c) aan. Reeds eerder had hij opgemerkt: 'Het is mij altijd voorgekomen (...), dat bij eene vraag als deze [wil of vertrouwen], die door de wet niet ondubbelzinnig is beslist en die zich toch in de praktijk ieder oogenblik voordoet, aan de rechtspraak, die viva vox juris civilis, niet genoeg aandacht kan worden geschonken'.¹² Kritische bearbeitung van de rechtspraak liet - aldus Drucker - zien in hoeverre de gewijzigde rechtsbehoeften werden bevredigd en het recht voor veroudering werd behoed; soms bleek de noodzakelijkheid van wetsherziening en kreeg men bovendien de bouwstof voor deze herziening geleverd.¹³ Ook anderen dan Drucker zouden overigens in het RM de rechtspraak systematisch bewerken.¹⁴

Door zijn veelvuldig gebruik van rechterlijke uitspraken onderscheidde Drucker zich van legistisch ingestelde auteurs, die in hun werk de rechtspraak vaak weinig plaats gaven. Dit leidde soms tot verschillende visies op een bepaald

¹⁰ H.L. Drucker, [Bespr. van:] J.P. Moltzer, Door het Recht tot den Regel [etc.], in: RM 1882, 214-215; Drucker, Rechthandeling en rechtsorde, 41-42; H.L. Drucker, "Eene bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der overeenkomsten", in: RM 1884, 250 en H.L. Drucker, Bescherming van rechten die niet op geld waardeerbaar zijn, in: RM 1889, 21. Drucker volgde hier Jhering, Geist des Römischen Rechts, I, par. 3, waaruit zou voortvloeien dat ten aanzien van het jus constitutum inductie de enige geoorloofde weg is om van enkele bepalingen tot algemene beginselen te komen. M.b.t de discussies over inductie of deductie: C.J.H. Jansen, Begriffsjurisprudenz, deductie of inductie? Variaties op een motto ontleend aan R. von Jhering (1818-1892), in: RM Themis 1991-2, 63-77.

¹¹ Drucker, Rechthandeling en rechtsorde, 42.

¹² H.L. Drucker, [Bespr. van:] L.M. Rollin Couquerque, Tweeërlei dogma [etc.], in: RM 1895, 325.

¹³ Drucker, Nederlandsche rechtspraak over verbintenissenrecht. In gebreke zijn, ingebrekestelling, 112-113.

¹⁴ Bijv. Molengraaff, Vier vonnissen over vrachtrecht, in: RM 1882, 75 e.v.; Molengraaff, Proeve eener kritische bespreking der Nederlandsche rechtspraak: I. Vennootschapsrecht, in: RM 1889, 37 e.v. en 422 e.v. en II. Order- en toonderpapieren, in: RM 1892, 146 e.v. De Utrechtse president van de rechtbank F.A.R.A. baron van Ittersum zou de rechtspraakbespreking van het verbintenissenrecht vanaf 1897 in het RM voortzetten. Molengraaff verzorgde vanaf 1918 annotaties in het Weekblad van het Recht. Vaak overheerst tegenwoordig het misverstand dat de Nederlandse Jurisprudentie vanaf 1925-1926 als eerste noten bij de rechterlijke uitspraken afdruckte. Het Weekblad (het WPNR evenzeer) was hiermee dus eerder dan de NJ.

leerstuk. De Groninger hoogleraar G. Diephuis (1817-1892) ontkende dat bezitsverschaffing door middel van een constitutum possessorium mogelijk was.¹⁵ Drucker, die, anders dan Diephuis, deze wijze van bezitsverkrijging een noodzakelijk uitvloeisel vond van de algemene beginselen der bezitsverkrijging zoals die van de Romeinen in Nederland waren overgenomen (o.a. in art. 596 BW), onderstreepte zijn visie onder meer door een beroep op de rechtspraak, zoals bijvoorbeeld Rb Leeuwarden 29 dec. 1840 (W. 194), Hof Noord-Holland 13 okt. 1853 (W. 1496) en Hof Groningen 25 april 1871 (W. 3332).¹⁶

Drucker beperkte zich niet alleen tot Nederlandse rechtspraak en wetgeving, maar betrok ook buitenlands (met name Frans en 'Duits') recht in zijn beschouwingen. Dit uitgangspunt had hij echter al in zijn oratie van 1882 terloops medegedeeld, toen hij de noodzaak van rechtsvergelijking - mits behoedzaam uitgevoerd - verdedigde. Door het Romeinse recht staat de Nederlandse jurist 'op een gemeenschappelijke bodem met de juristen der overige beschaafde volken', zou hij zeven jaren later (in zijn Leidse oratie uit 1889) zeggen.¹⁷

De wetenschappelijke visie van Drucker op het Romeinse recht is een tweeledige.¹⁸ Hij paarde een voorliefde voor Duitse dogmatiek aan historische belangstelling. Enerzijds gebruikte hij de uitweidingen over het 19e-eeuwse Romeinse recht als een opstapje voor de behandeling van een bepaald 'modern-rechtelijk' probleem, anderzijds wees hij op de historische ontwikkeling van het Romeinse recht en zei hij dat 'het klassieke Rom. recht van de groote juristen in eere [zal] worden hersteld'.¹⁹

Dezelfde houding treffen wij jegens Jherings opvattingen aan. Enerzijds beklemtoonde Drucker de constructie in het recht, de systematische eenheid (hij

¹⁵ G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, zesde deel, Groningen 1880, 95-96. Hij eiste voor dit geval dat werkelijk bezit verkregen was, d.w.z. door een werkelijke overgave. Art. 667 lid 2 BW vindt - aldus Diephuis - geen toepassing. Een expliciete wettelijke regeling ontbrak dus. In de literatuur waren overigens wel andere geluiden te horen geweest. Zie H.L. Drucker, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden*, Leiden 1879, 240 noot 2.

¹⁶ Drucker, *Bezitsverkrijging en bezitsverlies door derden*, 241 noot 1 en 2. Hij tekende met een beroep op HR 19 nov. 1841 aan dat dit college geen zeer ruime opvatting van de c.p. koesterde. Voorts: H.L. Drucker, *Eenige schrijvers over bezit*, in: RM 1888, 566 noot 2, met een lijstje uitspraken pro en contra c.p. Drucker citeerde ene F. Kniep die 'het constitutum tot de gemeengevaarlijke instellingen' rekende. Art. 596 (lid 1) BW luidde dat men het bezit van een zaak kon verkrijgen, of door zichzelf, of door een ander, 'die in onzen naam heeft aangevangen te bezitten'.

¹⁷ Drucker, *Rechtswetenschap en wetgeving*, 520, 541-542; Drucker, *Begrip en dogma*, 4. Drucker besprak in 1883 een aantal gevallen uit de Duitse rechtspraktijk: H.L. Drucker, *Duitse jurisprudentie*, in: RM 1883, 89 e.v., 264 e.v. en 575 e.v. In 1888 volgde: H.L. Drucker, *Fransche en Belgische Rechtspraak*, in: RM 1888, 189 e.v.

¹⁸ De wetenschap van het Romeinse recht heeft om - een aan W.J. Zwalve ontleend - beeld te gebruiken een Janus-hoofd. Enerzijds kan zij zich toeleggen op de romeinsrechtelijke basis van het huidige recht, anderzijds kan zij zich - volgens sommigen dan als onderdeel van de 'Alterthumswissenschaft' - richten op het 'klassieke' Romeinse recht. Beide aspecten ziet men bij Drucker verenigd.

¹⁹ Drucker, *Boekbeoordeelingen*, in: *Bijdragen* 1881, 366. Zie ook zijn 'Voorbericht van den tweeden druk' bij Modderman, *Handboek van het Romeinsch recht*: 'Geschrap't is hetgeen niet behoort tot het zuivere Romeinsche Recht...'

ging niet zo ver als Jhering om de rechtswetenschap te beschouwen als producent van rechtsbegrippen), anderzijds waarschuwde hij voor de Begriffsjurisprudenz. Vermoedelijk is deze houding gedeeltelijk terug te voeren op het onderscheid in werkzaamheid van de wetenschappelijke jurist voor het geldende recht (taak: begripsvorming) en voor het wenselijke recht (taak: voorlichting van de wetgever). Drucker stond overigens niet helemaal alleen in deze aanpak. Bij de Utrechtse romanist J.C. Naber (1858-1950) treft men in sommige opzichten eenzelfde houding aan. Reeds in Nabers inaugurele oratie *De vormende kracht van het Romeinsche recht* (1885) kunnen wij - kort samengevat - lezen dat de Romeinse juristen wars waren van dogma's en zich lieten leiden door de eisen van het praktische leven.²⁰ Naber stelde deze eigenschap ook de Nederlandse juristen tot voorbeeld. Hij maakte zich in de kringen van behoudende juristen bijna tot persona non grata, toen hij verklaarde dat het op zijde schuiven van onbruikbare wetsartikelen door de rechter enkel een kwestie van tijd zou zijn.²¹ In zijn publikaties in modernrechtelijke tijdschriften (zoals Themis en Rechtsgeleerd Magazijn) overheerste soms het dogmatische karakter en werd het Romeinse recht in verband met het Nederlandse recht behandeld. Deze aanpak kwam niet geheel onverwacht, want in zijn openingscollege *De verhouding van het Romeinsche recht tot het hedendaagsche* (1889) liet hij weten dat het Romeinse recht beoefend diende te worden met het oog op het geldende recht.²² Tegelijkertijd staat Naber bekend als één van de eersten die in Nederland het Romeinse recht bedreef op de wijze van de tekst-kritische, neo-humanistische richting.²³

Aan de hand van een aantal leerstukken wil ik in de volgende paragraaf de werkwijze van Drucker verduidelijken.

²⁰ Zie J.E. Spruit, Jean Charles Naber 1858-1950. Historische notities omtrent een singulier personage, in: G.C.J.J. van den Bergh-J.E. Spruit-M. van de Vrugt, Rechtsgeleerd Utrecht. Levensschetsen van elf hoogleraren uit driehonderdvijftig jaar Faculteit der Rechtsgeleerdheid in Utrecht, [Zutphen-Linschoten 1986], 138 e.v.

²¹ J.C. Naber, in: RM 1893, 607 e.v.

²² Spruit, Jean Charles Naber, 160 wijst erop dat men Naber op college ontmoette als een docent die zich met tal van vezels nog verbonden voelde met de Duitse school der Pandectisten. Hetzelfde gold voor de Amsterdamse hoogleraar in het Romeinse recht M. Conrat (1848-1911), die de studenten op zijn colleges het 'heutige Römische Recht' voorschotelde. Zie recentelijk nog: C.J.H. Jansen-R.J.Q. Klomp, Over de knie van de student: juridisch onderwijs aan de Universiteit van Amsterdam tussen 1876 en 1915, in: NJB 1991, 936.

²³ R. Feenstra, De beoefening van de rechtsgeschiedenis aan de Leidse universiteit van rond 1875 tot rond 1925, in: W. Otterspeer, Een universiteit herleeft. Wetenschapsbeoefening aan de Leidse universiteit vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw, Leiden 1984, 64 (met verwijzing naar andere literatuur in de noten). Ook Spruit, Jean Charles Naber, 160, 168-169.

3. Drucker over enkele privaatrechtelijke leerstukken

3.1. De leer der overeenkomsten

Druckers publikaties werden aan het begin van zijn universitaire carrière meestal uitgelokt door het werk van kritisch ten opzichte van de traditionele Duitse pandektistiek staande romanisten. In de jaren tachtig van de 19e eeuw werden de pennen in beweging gebracht door de veranderende opvattingen ten aanzien van de invloed van de menselijke wil in het recht. Het eerste artikel, dat Drucker aan dit thema wijdde, had als titel meegekregen 'rechtshandeling en rechtsorde'. De aanraking met het Romeinse recht bleef nog oppervlakkig. Het was met name Otto Lenel (1849-1935), bekend vanwege zijn reconstructie van het praetorisch edict, die Drucker geïnspireerd had tot een nadere begrenzing en formulering van het begrip rechtshandeling.²⁴ De oude definitie van de rechtshandeling, die Lenel en Drucker aan de kaak stelden, luidde als volgt: de wilsverklaring van een privaatspersoon, gericht op het ontstaan, het teniet gaan of veranderen van rechten. Volgens Lenel was deze omschrijving onjuist: 'dafuer liefert, ..., die Rechtsgeschichte den geradezu unwiderleglichen Beweis'. Hij ondernam derhalve een zoektocht langs een bonte stoet van romeinsrechtelijke rechtsfiguren (*mancipatio*, *occupatio*, *servituten*, *bruikleen*, *locatio-conductio* etc.) om tot de conclusie te komen dat de wil in geen enkel geval direkt op rechtsgevolgen was gericht. Geïnspireerd door de grote leidsman Jhering poneerde Lenel de stelling dat in het algemeen het intreden van rechtsgevolgen ondergeschikt is aan de partijbedoelingen.²⁵ Drucker naderde deze omschrijving zeer dicht. Hij achtte de wil niet souverain in het recht. Niet alle gewilde gevolgen werden bijvoorbeeld door de rechtsorde gesanctioneerd en andersom kenden partijen niet alle rechtsgevolgen van hun handelingen. Drucker noteerde als omschrijving van de rechtshandeling: het gaat om een handeling met door partijen beoogde economische gevolgen die in het algemeen door de rechtsorde worden gebillikt en daarom als rechtsgevolg worden erkend.²⁶ De reden, waarom Drucker deze omschrijving gaf, volgt bij wijze van conclusie: 'door eene dergelijke bepaling in de wet op te nemen, zal men in een algemeen gedeelte een aantal punten kunnen regelen, die, zonder dit, telkens weder op nieuw moeten worden behandeld, of

²⁴ O. Lenel, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, in: *Jahrbuecher fuer die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts* 19 (1881), 154 e.v. Vermoedelijk kende Drucker, die in 1880 een jaar in Leipzig gestudeerd had, Lenel persoonlijk. Inspiratie werd ook opgedaan bij het werk van S. Schlossmann (1844-1909).

²⁵ Lenel, *Parteiabsicht und Rechtserfolg*, 155, 249 e.v.

²⁶ Drucker, *Rechtshandeling en rechtsorde*, 53 e.v., 60-61. J.M. van Dunné, *Normatieve uitleg van rechtshandelingen. Een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*, Deventer [1971], 307 spreekt van een copernicaanse wending in het privaatrecht. In plaats van de individuele mens wordt de maatschappij of de rechtsorde als middelpunt van het rechtsdenken naar voren geschoven.

bij vele rechtshandelingen eene wettelijke regeling zullen blijven missen'.²⁷ Druckers definitie heeft bij mijn weten weinig navolging gevonden. Men is blijven steken bij de oude - soms min of meer aangepaste - omschrijving.

Interessanter dan het eerste artikel was een tweede opstel op dit gebied: "Eene Bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der Overeenkomsten". De lezers van het RM worden tamelijk diep in de Romeinse teksten ondergedompeld. De aanpak en het doel zijn voor het overige bijna identiek aan die van het hierboven beschreven artikel. Het uitgangspunt van discussie vormde een boek van R. Leonhard (1851-1921), getiteld 'Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach Römischen Rechte'.²⁸ Hij werd - na vier jaren aan de zijde van Jhering te hebben gedoceerd - als een overtuigd Jheringiaan beschouwd. Drucker behandelde in zijn opstel twee brandende kwesties: wil of vertrouwen en dwaling. De verkondigde opvattingen zouden grote invloed uitoefenen op de latere Amsterdamse hoogleraar J.F. Houwing (1857-1921). Volgens Drucker was het doel van zijn beschouwingen om na te gaan of Leonhards 'oplossingen' op praktische bruikbaarheid aanspraak kunnen maken en of 'zij dus aanbeveling verdienen voor den toekomstigen wetgever'.²⁹

Leonhard concentreerde zich in het eerste deel van zijn boek op de betekenis van 'consensus'. Dit woord betekende niet - zoals algemeen werd aangenomen - de overeenstemming van twee willen, maar de overeenstemming van twee wilsverklaringen.³⁰ Drucker gaf aan dat deze betekenisverlening in veel gevallen zeer dubieus was en soms zelfs ronduit onjuist.³¹ De waarde van het werk werd er echter niet minder om. Ook al dwaalde Leonhard misschien in de uitlegging van het Romeinse recht, zijn stelsel kan - zoals gezegd - voor de toekomst (het *jus constituendum*) aanbeveling verdienen. Drucker liep Leonhards theorie na aan de hand van twee verschillende rechtsgevolgen die volgens laatstgenoemde aan de dwaling konden zijn verbonden. Als vanzelf zou ook het standpunt ten aanzien van de kwestie wil of vertrouwen aan de orde komen.

Op de eerste plaats kon dwaling de nietigheid van een overeenkomst ten gevolge hebben wegens niet-overeenstemming van de verklaringen die 'ieder in

²⁷ Drucker, Rechtshandeling en rechtsorde, 62. Druckers definitie lijkt als twee druppels water op de definitie van G. Hartmann, Wort und Wille im Rechtsverkehr, in: Jahrbuecher fuer die Dogmatik 20 (1882), 73 e.v., 78. Drucker had van Hartmanns artikel nog geen kennis kunnen nemen.

²⁸ Twee delen in één band: Berlijn 1882-1883. Leonhard zou later in RM een necrologie van Windscheid en Jhering schrijven: Ein Nachruf fuer Jhering und Windscheid, in: RM 1893, 249 e.v.

²⁹ Drucker, "Eene bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der overeenkomsten", 258.

³⁰ Leonhard begon met de beroemde tekst D. 2.14.1.2 van Ulpianus: 'et est pactio duorum pluriumve in idem (placitum et) consensus' (p. 6 en p. 45 e.v.). De tussen haakjes staande woorden liet Drucker weg. Vervolgens spreidde Leonhard zijn onderzoek uit naar andere teksten, waarin het woord consensus voorkomt, zoals D. 2.14.7.19 (p. 15-16), D. 20.1.26.1 (p. 17), D. 10.2.25.17 (p. 18), D. 19.2.1 (p. 19) etc.

³¹ Vgl. bijv. D. 1.3.32.1, waarin de uitdrukking 'consensu omnium' voorkomt, die niet door wilsverklaring vertaald kan worden en D. 46.4.8.pr, waar volgens de tekst wel een wilsverklaring, maar geen wilsovereenstemming aanwezig is.

haar ware beteekenis beschouwd' worden.³² De vraag rees dan, hoe de betekenis van een wilsverklaring werd opgespoord. Het antwoord luidde: door uitlegging. De uitleg van wilsverklaringen is bijna onlosmakelijk verbonden met de uitleg van overeenkomsten. Zo redeneerde - aldus Drucker - de rechtspraktijk ook. Het was vervolgens in zijn optiek niet denkbaar dat de vraag, waartoe 'ik' door overeenkomst gebonden ben, uit andere bronnen of volgens andere gegevens moest worden beantwoord dan de vraag, of 'ik' volgens overeenkomst gebonden ben. De Nederlandse wetgever heeft in art. 1378 BW een regel ten aanzien van de inhoudelijke vaststelling van de overeenkomst neergelegd: 'Indien de bewoordingen eener overeenkomst duidelijk zijn, mag men daarvan door uitlegging niet afwijken'.³³ Met betrekking tot de inhoud van de overeenkomst besliste - aldus Drucker - niet de bedoeling van partijen, maar 'de gemeenschappelijke rede en de regelen der taal'. Wanneer men nu consequent verder redeneerde, speelde de bedoeling van partijen ook geen rol bij de totstandkoming van overeenkomsten. Rechterlijke uitspraken ondersteunden deze zienswijze. De rechtspraktijk bleek de hele kwestie wil of vertrouwen niet te kennen, zij verbond de rechtsgevolgen aan de verklaring. Leonhards beschouwingen over consensus als twee overeenstemmende wilsverklaringen waren volgens Drucker dus met het Nederlandse recht in harmonie.³⁴ Een aantal jaren later zou Houwing de conclusie van Drucker - op grond van een iets andere redenering overigens - overnemen: 'Ten eersten, dat de strijdvraag wil of vertrouwen, in hare praktische, concrete gedaante, zooals zij zich aan den rechter voordoet, eenvoudig neerkomt op eene vraag van uitlegging'.³⁵ Drucker zelf heeft overigens de wiltheorie niet willen prijsgeven.³⁶ Zij moest dan echter wel aangevuld worden met de Jheringiaanse leer van de 'culpa in contrahendo'. De kerngedachte van deze theorie hield ongeveer in dat de partij, door wiens toedoen het totstandkomen van een overeenkomst verhinderd is, aansprakelijk wordt geacht voor de schade. De andere

³² Er is dus gebrek aan consensus. Savigny noemde dit geval 'oneigenlijke dwaling'. In romeinsrechtelijke optiek (o.a. gebaseerd op D. 18.1.9.pr) is de overeenkomst dan nietig. Voor de huidige jurist is dit geen geval van dwaling, maar van een verklaring zonder een overeenstemmende wil. Hij werkt op dit punt met het vertrouwensbeginsel.

³³ Eenzelfde 'soort' artikel geldt eveneens in het erfrecht: art. 932 BW. De wetgever heeft deze regel blijkbaar algemeen willen huldigen.

³⁴ Drucker, "Eene bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der overeenkomsten", 245 e.v., 253; Drucker, [Bespr. van:] Rollin Couquerque, 324-328. Van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, 305 e.v. geeft een overzicht van de discussies over wil of vertrouwen in Nederland (hij doet dit overigens ook voor andere landen). Van Dunné geeft op p. 310 terecht aan dat Drucker erop gewezen heeft dat de rechtspraktijk zich aan de hele strijdvraag weinig gelegen laat liggen. M.i. is het echter niet zo dat - zoals Van Dunné suggereert - Drucker erop wijst dat de rechtspraak door de goede trouw wordt beheerst. Een overzicht uit die tijd van de kwestie wil of vertrouwen bij: M. Smit, De grondslagen van ons verkeersrecht in theorie en praktijk, Kampen 1906, 17 e.v. Zie over deze kwestie: HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex), waar de HR het vertrouwensbeginsel naar voren schoof en de pure taalkundige uitleg van een overeenkomst niet voldoende achtte voor de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld.

³⁵ J.F. Houwing, Oneigenlijke dwaling, in: RM 1890, 514.

³⁶ Drucker, Rechtshandeling en rechtsorde, 42.

partij moest worden teruggebracht in de toestand, waarin hij zou hebben verkeerd, als van deze overeenkomst nooit sprake was geweest. De zogenaamde 'negative Vertragsinteresse' diende dus vergoed te worden.³⁷ Met deze aanvulling zouden de negatieve gevolgen van de wilsleer voldoende gecompenseerd kunnen worden. Het lijkt erop - wat toch wel enigszins merkwaardig is - dat Drucker ondanks zijn waardering voor de manier waarop de praktijk het probleem oploste en ondanks zijn vaak beleden voorkeur voor een dergelijke praktische oplossing, de wilstheorie, in gevolgen gematigd door de Jheringiaanse leer van de 'culpa in contrahendo', trouw bleef.³⁸

Op de tweede plaats kon dwaling de totstandkoming van de overeenkomst beletten, wanneer partijen op voor elkaar kenbare wijze een stilzwijgende voorwaarde in de overeenkomst hadden opgenomen die later 'blijkt niet waar te zijn' of die niet vervuld wordt. Drucker en later Houwing deelden deze zienswijze van Leonhard.³⁹ Zij construeerden de dwaling dus als een stilzwijgende ontbindende voorwaarde (op grond van D. 2.14.1.2 kon men aan de stilzwijgende wilsverklaring een gelijke kracht toekennen als aan de uitdrukkelijke).⁴⁰ Volgens hen werden alle vormen van dwaling nu herleid tot één: de dwaling in de beweegredenen. In het algemeen was nodig dat de omstandigheid 'motiverend' had gewerkt voor partijen, d.w.z. dat niet ook zonder haar voldoende beweegredenen bestonden tot het aangaan van de overeenkomst. De Hoge Raad was enige tijd gecharmeerd van deze benadering van Drucker en Houwing.⁴¹ Drucker gaf Leonhard en Houwing toe dat dit beginsel de in het wetboek opgenomen casuïstiek overbodig zou maken, maar hij vreesde evenwel - in tegenstelling tot hen - dat de casuïstiek niet uit de wetenschap zou verdwijnen. 'Men zal altijd moeten nagaan, of partijen in zeker geval eene bepaalde omstandigheid tot stilzwijgende voorwaarde hebben gemaakt. Men zal daarbij onderzoek doen naar den regel des levens, naar de gewoonte van het verkeer. En zoo zal men toch allicht weer, om die gewoonte onder eenigszins vaste formules te brengen, tot de verschillende soorten van dwaling terugkeeren'.⁴² De leer van Leonhard, Drucker en Houwing is inmiddels reeds lang weer verlaten, onder andere omdat het werken met stilzwijgende voorwaarden juridisch gezien weinig elegant was.

³⁷ R. von Jhering, *Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen, in: *Jahrbuecher fuer die Dogmatik* 4 (1861), 1 e.v. (de afgrenzing van de problematiek op p. 7-8; de belangrijkste direkte bronnen: D. 18.1.62.1 en D. 18.4.8 en 9; belangrijke conclusie op p. 52).

³⁸ Drucker, "Eene bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der overeenkomsten", 243.

³⁹ Drucker, "Eene bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der overeenkomsten", 254-258; J.F. Houwing, *Dwaling bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht. Eerste gedeelte* (art. 1358 BW), Leiden 188, passim; H.L. Drucker, [Bespr. van:] J.F. Houwing, *Dwaling bij overeenkomsten naar Nederlandsch recht* [etc.], in: RM 1888, 615 e.v.

⁴⁰ D. 2.14.1.2: 'et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus'.

⁴¹ J.H.A. Lokin, *Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten*, Amsterdam 1973, 26 noot 42.

⁴² Drucker, "Eene bijdrage ter vereenvoudiging van de leer der overeenkomsten", 258; Drucker [Bespr. van:] Houwing, *Dwaling bij overeenkomsten*, 621.

Bovendien werd in onze eeuw het wilsgebrek als grond van de regeling in art. 1358 BW gezien.⁴³

3.2. De leer der schadevergoeding bij de onrechtmatige daad

Naar aanleiding van de algemene vraag of het in het privaatrecht een vereiste is dat de gerechtigde een op geld waardeerbaar belang heeft, stelde Drucker ook de schadevergoeding bij onrechtmatige daad aan de orde.⁴⁴ Zijn algemene stelling luidde dat het vermogensrecht zich eveneens bezighield met rechten, 'wier betekenis niet door een zeker aantal guldens en centen kan worden voorgesteld'. Toegespitst op de onrechtmatige daad kwam Druckers onderzoek neer op de vraag: dient immateriële (morele of ideële) schade vergoed te worden? Zijn antwoord zou - zoals uit het onderstaande naar voren komt - positief luiden.

Vooropgesteld zij dat Drucker - evenals Molengraaff - een ruime opvatting van de onrechtmatige daad had omarmd. Hij was van mening dat de rechter te vaak aarzelde een onrechtmatige daad aan te nemen, 'waar iets heeft plaats gehad dat de algemeene verkeersopvatting ernstig laakt'.⁴⁵ De onzekerheid in de rechtspraak op dit punt was echter groot. Drucker wees op een verschil in twee bijna gelijktijdige uitspraken van hetzelfde rechtscollege (Rb Amsterdam). 'Van de manier, waarop de Kamer der Rechtbank toevallig is samengesteld, hangt het dus af, of men zegeviert in eene actie, die op het ruime begrip van onrechtmatige daad is gegrond!'.⁴⁶

In het beknopte historische overzicht, waarmee Drucker zijn artikel over de niet op geld waardeerbare rechten aanving, stond vanzelfsprekend het Romeinse recht centraal en wel in het bijzonder de *actio injuriarum* ('wegens kwetsing en belediging'). Jhering had de grote betekenis van deze actie ter bestrijding van allerlei soorten onrecht laten zien. Bovendien vielen vele niet op geld waardeerbare belangen onder de bescherming van de *actio injuriarum*.⁴⁷ Een belangrijker plaats dan het Romeinse recht namen evenwel de Franse auteurs en rechtspraak in. Uit beide vergelijkingsmiddelen bleek dat morele schade in het Franse recht vergoed werd. De bepaling van de omvang van de schadevergoeding

⁴³ Zie voor de verdere ontwikkeling van het leerstuk der dwaling: Lokin, Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten, 25-26, 40 e.v.

⁴⁴ Op 20 november 1887 had hij reeds voor de leden van het Groninger genootschap Pro Excolendo Iure Patrio gesproken over dit onderwerp (titel voordracht: Vergoeding van niet-geldelijke schade). Zie 225 jaren Pro Excolendo Iure Patrio: Vertogen en verhandelingen, [Groningen 1986], nr. 846.

⁴⁵ Zie H.L. Drucker, Bescherming van rechten die niet op geld waardeerbaar zijn, in: RM 1889, 393 en H.L. Drucker, Naar aanleiding van eenige vonnissen uit den laatsten tijd over art. 1401 B.W., in: RM 1890, 608.

⁴⁶ Drucker, Naar aanleiding van eenige vonnissen, 595.

⁴⁷ R. von Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen, in: Jahrbuecher fuer die Dogmatik 23 (1885), 155 e.v.; een aankondiging van dit artikel van de hand van M.Th. Goudsmit staat in Themis 1886, 290-294.

was min of meer willekeurig.⁴⁸ Voordat Drucker de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding bij art. 1401 BW besprak, liep hij de bijzondere bepalingen in de artikelen 1406, 1407 en 1408 BW langs en nam hij de heersende opvattingen in de literatuur onder de loep. Diephuis verwoordde het traditionele legistische uitgangspunt. Zo merkte hij ten aanzien van art. 1407 BW op dat de wet alleen sprak van de kosten van herstel en van de schade door de kwetsing of verminking veroorzaakt, niet echter ook van pijn of smart en ontsiering van het lichaam. 'Nu komt het mij voor, dat te dier zake bij de bepaling der vergoeding niets in rekening mag worden gebracht'.⁴⁹ De rechtspraak huldigde ten aanzien van de artikelen 1406-1407 BW de enge opvatting; daarentegen was het ten aanzien van art. 1408 BW bijna gevestigde jurisprudentie dat morele schade wel werd vergoed. Als ongeveer het enige tegenargument van deze ruime uitleg diende het 'dogma' dat niet 'stoffelijke' schade niet door geld kon worden 'goed gemaakt'.⁵⁰ Met succes werd dit beginsel in stelling gebracht tegen de toekenning van immateriële schadevergoeding bij art. 1407 BW. Druckers vurige wens dat in dit geval smart en gederfde levensvreugde zouden worden vergoed, werd door de HR pas gehonoreerd in 1943: in het beroemde arrest Kreuning-Bessem.⁵¹

Ten aanzien van art. 1401 BW moge de mening van Diephuis weer de traditionele optiek weergeven. Volgens hem had de wetgever niet aan vergoeding van de morele ('onze eer, ons geluk, onze reinste gevoelens' betreffende) schade gedacht, die zich immers door geld nauwelijks laat 'goed maken', 'bovendien zoo onbepaald en rekbaar is, dat men daarmede ook hierom bezwaarlijk rekening kan houden'.⁵² De rechtspraak was - grosso modo - eenzelfde opvatting toegedaan. Een vonnis van de Rb Rotterdam van 31 mei 1880 (W. 4516) spande volgens Drucker de kroon. Iemand had een brief ontvangen, die niet aan hem was gericht, maar aan de zoon van zijn vroegere compagnon. Omdat hij met laatstgenoemde ruzie had, vernietigde hij de brief. De rechtbank verklaarde dat deze handeling een onrechtmatige daad opleverde. Voor vaststelling van de schade was de inhoud van de brief, die de afzender had medegedeeld, beslissend.

⁴⁸ Drucker, Bescherming van rechten, 377 e.v. resp. 379 e.v.; de Franse jurisprudentie werd hoofdzakelijk ontleend aan Dalloz en de *Pandectes Françaises*.

⁴⁹ Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, elfde deel, Groningen 1888, 121 (voor art. 1408 BW: p. 125-126).

⁵⁰ Drucker, Bescherming van rechten, 384-392. Drucker wees in 1907 op een vonnis van de Rb Amsterdam van 4 okt. 1894 (gewezen door o.a. J.F. Houwing!), waarin in het geval van art. 1407 BW smartegeld werd toegewezen. Zie H.L. Drucker, [Bespr. van:] H.R. Ribbius, De omvang van de te vergoeden schade [etc.], in: RM 1907, 344 e.v. Drucker hekelde bij Ribbius overigens de overdreven vrees voor misbruik van toekenning van smartegeld en zijn 'bijzondere zorg voor de belangen van den bedrijver der onrechtmatige daad' (p. 346).

⁵¹ HR 21 mei 1943, NJ 1943, 455. De procureur-generaal W.J. Berger (1883-1953) verwees naar het artikel van Drucker en de verdeelde rechtspraak die na Druckers artikel gepubliceerd was. Ten aanzien van art. 1408 had de HR de ruime opvatting omhelsd in 1881: HR 13 mei 1881 (W. 4638).

⁵² Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, elfde deel, 84. Zie ook N.K.F. Land, Verklaring van het Burgerlijk Wetboek, vierde deel, tweede druk, Haarlem 1907, 318.

De rechter achtte niet bewezen, dat door de gepleegde onrechtmatige daad schade was toegebracht; de vordering werd dus ontzegd en de eiser werd bovendien in de kosten veroordeeld.⁵³

Drucker probeerde op het einde van zijn artikel de argumenten te weerleggen die tegen het toekennen van immateriële schadevergoeding bij art. 1401 BW zouden pleiten. Vergoeding van morele schade zou onmogelijk zijn, omdat 'niet-stoffelijk nadeel niet stoffelijk kan worden hersteld' (het dogma, dat wij al eerder ontmoet hebben bij de artt. 1407 en 1408 BW). Wanneer men echter (aldus Drucker) rekening hield met de eisen van het rechtsgevoel, dan was het zeer goed mogelijk een geldelijke compensatie voor het geleden nadeel toe te kennen. Wie een been wordt afgereden, is blij met een geldsom die hem in staat stelt het leed enigszins te verlichten. Toewijzing van geld zou onzedelijk zijn, omdat het aannemen van een geldsbedrag ontrend werkte. Drucker voerde aan dat het ontbreken van elke vergoeding onrecht in de hand werkte. Zonder de dreiging om ook maar enige behoorlijke financiële tegemoetkoming te hoeven betalen stond het iemand vrij een zeer dierbaar maar verder bijna 'waardeloos' voorwerp te vernietigen. Vergoeding van immateriële schadevergoeding - tot slot - zou onuitvoerbaar zijn, omdat de schade onbepaald is. De rechter heeft - zo gaf Drucker toe - inderdaad een tamelijk grote vrijheid bij het vaststellen van de omvang van de vergoeding. Het verschuldigde bedrag diende hij in Druckers optiek naar omstandigheden naar billijkheid vast te stellen.⁵⁴

Het is zeer waarschijnlijk dat Druckers artikel de opsteller(s) van het wetsontwerp-Regout (1911) geïnspireerd heeft tot het derde lid van art. 1401 BW: 'De verschuldigde schadevergoeding wordt, ook indien en voor zoover de geleden schade niet op geld waardeerbaar is, door den regter in billijkheid naar de omstandigheden bepaald'.⁵⁵ Het voorstel is nooit tot wet verheven. De

⁵³ Men kan voor de 19e-eeuwse rechtspraktijk wel ergere staaltjes van formalisme vinden dan deze door Drucker aangevoerde. De kantonrechter te Amsterdam (uitspraak van 28 okt. 1872, W. 3522) verklaarde iemand niet ontvankelijk, omdat hij (procederend o.g.v. wanprestatie) teruggave van de voor de toegangskaarten betaalde prijs had gevorderd in plaats van vergoeding van kosten, schade en interessen. Of wat te denken van een uitspraak van de Rb Amsterdam van 31 juli 1888 (Paleis van Justitie 1888, 116). Een huurder was fl. 16.078,- schuldig en hem werd gesommeerd fl. 16.378,- te betalen. Van de Rb mocht hij de sommatie naast zich neerleggen. De HR weet - in onze eeuw - ook van wanten. Men vergelijkte HR 30 mei 1913 (W. 9517) en HR 8 juni 1917 (W. 10.180). De eisers in cassaties werden na jarenlang procederen niet-ontvankelijk verklaard, omdat het afschrift van het bestreden arrest ontbrak (conform het toenmalige art. 409 RV moesten deze stukken overgelegd worden).

⁵⁴ Drucker, Bescherming van rechten, 402 e.v.; voor de vrijheid van de rechter ook: Drucker, Naar aanleiding van eenige vonnissen, 589.

⁵⁵ Zie voor een weergave van dit lid en voor het commentaar erop in het Voorlopig Verslag (1912), waaraan Drucker ook meegewerkt heeft: W. 9099 en W. 9312 (in bijvoegsel). In het wetsontwerp-Heemskerk (1913) werd het lid gehandhaafd. Over deze ontwerpen: G.E. van Maanen, Onrechtmatige daad. Aspecten van de ontwikkeling en structuur van een omstreden leerstuk, Deventer 1986, 73 e.v. Het arbeidsrecht kende in art. 1637w BW een soortgelijk artikel met een door de rechter naar billijkheid vast te stellen vergoeding van niet op geld waardeerbare schade. Zoals bekend is Drucker de opsteller van de bepalingen in verband met de arbeidsovereenkomst.

toekenning van immateriële schadevergoeding is ook in de praktijk nooit zover gegaan, als Drucker heeft gewild. Vergoeding van ideële schade op grond van art. 1401 BW werd in het algemeen niet mogelijk geacht. Art. 6:106 (N)BW geeft een nauwkeurige omschrijving van de gevallen, waarin iemand voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, recht heeft op schadevergoeding. Slechts een zeer beperkt aantal van de door Drucker genoemde gevallen is in dit artikel opgenomen.

Tot slot van deze paragraaf wil ik kort Druckers opvatting aanstippen over de schadeloosstelling bij onteigening (een artikel, dat het lezerspubliek in het RM te danken heeft aan het feit dat hij te Groningen na de dood van B.D.H. Tellegen (1823-1885) diens college over het staatsrecht moest waarnemen).⁵⁶ De eigenaar diende - wat zijn vermogenstoestand aangaat - in die positie gebracht te worden, alsof hem zijn eigendom niet ontnomen was. Reeds in 1864 had de HR bepaald dat alle schade die het rechtstreeks en noodzakelijk gevolg was van de onteigening vergoed diende te worden.⁵⁷ Voor Drucker betekende deze regel dat niet alleen de waarde van het onteigende goed en de vermindering van de waarde die de overblijvende percelen ondergaan, maar ook alle overige benadeling die de onteigende in zijn vermogen ondervindt (de zogenaamde persoonlijke schade) voor vergoeding in aanmerking kwam. Hij ging dus - evenals bij de onrechtmatige daad - uit van een zeer ruim schadebegrip.⁵⁸ Een vergelijking met de huidige situatie is echter moeilijk. Het is bijvoorbeeld onduidelijk of Drucker zo ver zou zijn gegaan om ook de schade die de onteigende niet als eigenaar, maar als partij bij een overeenkomst lijdt, vergoed zou willen zien (waartoe de HR de laatste jaren soms schijnt te neigen).⁵⁹

4. Conclusie

Voor Drucker was het burgerlijk recht één van de instrumenten, die aan de staat ter beschikking stond om de maatschappelijke goederen op een rechtvaardige manier onder de burgers te verdelen. Een doorlopende hervorming langs de weg van de geleidelijke ontwikkeling achtte hij in elk tijdsgewricht onvermijdelijk: de bestaande rechtsorde was niet de enig denkbare. Hij betreurde het daarom ten eerste dat het burgerlijk recht van zijn tijd geen gelijke tred had gehouden met de omwenteling die als gevolg van de technologische ontwikkelingen (stoom en elektriciteit) in het sociale leven had plaats gegrepen. Volgens hem waren allen

⁵⁶ Op 29 september 1885 had Drucker reeds gesproken over dit onderwerp voor de leden van Pro Excolendo (titel van de voordracht: Art. 39-41 onzer Onteigeningswet). Zie 225 jaren Pro Excolendo Iure Patrio, nr. 829.

⁵⁷ HR 7 maart 1864 (W. 2569), HR 23 dec. 1864 (W. 2652), HR 27 maart 1871 (W. 3306), HR 16 juli 1878 (W. 4278), etc.

⁵⁸ H.L. Drucker, De schadeloosstelling des eigenaars in geval van onteigening, in: RM 1886, 185 e.v.

⁵⁹ Zie R.A. Mörzer Bruyns, Nieuw Onteigeningsrecht, in: Lugdunum Batavorum Juri Sacrum 1882-30 januari-1982, Deventer 1982, 59 e.v. (p. 86 e.v.).

het erover eens dat het recht zich moest wijzigen naar de maatschappelijke toestanden en behoeften en naar de inzichten van de burgers.⁶⁰ Terwijl Drucker dus juist in zijn tijd verandering van het recht broodnodig vond, was er sprake van een steeds groter wordende breuk tussen recht en volk, van een slecht functionerende wetgevende machine en van een zich nauwelijks om de rechts-overtuiging en rechtsbehoeften bekommerende rechterlijke macht.⁶¹ Wie anders dan natuurlijk Jhering zou in de ogen van Drucker de band tussen het volk en het recht kunnen herstellen, bijvoorbeeld door middel van een volksboek over het recht: 'een rechtscathechismus voor burgers en boeren'.⁶² Drucker droeg zelf zijn steentje aan de bereikbaarheid van het recht voor de burger bij door het gebruik van totaal overbodige Latijnse woorden in de Nederlandse rechtspraak te kritiseren en te bespotten.⁶³ Hij heeft zich veel moeite gegeven het burgerlijk recht 'levend' te houden, begrijpelijk voor de burger, bevredigend voor het rechtsgevoel en aangepast aan de eisen van het maatschappelijk verkeer. Zijn dogmatische beschouwingen waren altijd praktisch georiënteerd, nooit pour le besoin de la cause. Tegelijkertijd was Drucker ervan overtuigd dat het burgerlijke recht niet zonder een 'goede' dogmatiek kon. In het RM heeft hij menige bijdrage geschreven om tot een systematische verbetering van het privaatrecht te komen. In zoverre hield hij (in de woorden van de Leidse hoogleraar J.H. Nieuwenhuis) een voortdurend pleidooi voor een dogmatische rechtswetenschap. Zijn betogen hebben met name - zo blijkt - op Houwing grote indruk gemaakt. Een slepende ziekte maakte op 5 september 1917 een einde aan het werkzame leven van Drucker. 'Op een Zaterdag, een ochtend van mooi Septemberweer met een door ijle wolken omfloersten zon en zachte windzuchten, hebben wij onzen vriend weggebracht'.⁶⁴

Groningen

C.J.H. Jansen

⁶⁰ H.L. Drucker, Over den invloed van het burgerlijk recht op de verdeeling van den rijkdom, in: Sociaal Weekblad 1888, 155-156.

⁶¹ Voor de kloof tussen recht en volk reeds: Drucker, Rechtswetenschap en wetgeving, 539 en Drucker, Begrip en dogma, 11. Voorts: H.L. Drucker, [Bespr. van:] J.P. Fockema Andreae, Moderne praetuur? [etc.], in: RM 1908, 311. Over de slecht functionerende wetgever bijv. ook: H.L. Drucker, [Bespr. van:] J.H. Telders, Het onderzoek van wetsvoorstellen in wetgevende vergaderingen [etc.], in: RM 1901, 333 e.v. en H.L. Drucker, [Bespr. van:] J.P. Fockema Andreae, De kunst van wetgeven op en om het Binnenhof, in: RM 1914, 162 e.v.

⁶² Drucker, Rechtswetenschap en wetgeving, 539 noot 21. De Amsterdamse advocaat E. van Lier (1834-1903), redacteur van het mede door hem opgerichte Paleis van Justitie, heeft geprobeerd het Burgerlijk Wetboek op een ook voor niet-rechtsgeleerden begrijpelijke wijze uit te geven.

⁶³ H.L. Drucker, De taal onzer vonnissen, in: RM 1890, 245 e.v.; in: RM 1896, 257 e.v. en in: RM 1911, 261 e.v.; vervolgens H.L. Drucker, Latijnsche rechtsregels in de Nederlandsche rechtspraak, in: RM 1902, 165 e.v.

⁶⁴ De prachtige openingswoorden van Molengraaff ter herdenking van Drucker in het Rechtsgeleerd Magazijn van 1917.